Der Herausgabeanspruch

des Eigentümers gegen den Untermieter im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Martin Morgenroth,

Rechtspraktikant aus Bamberg.

ACAD. JURIDICA BIBL.

Approbiert am 9. Dezember 1905.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Referent: Univ.-Prof. Dr. **Siber.**

Meinen lieben Eltern

gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Allgemeiner Teil.

§ 1. Der Anspruch im allgemeinen 1
§ 2. Der persönliche und der dingliche Anspruch . . . 2
§ 3. Der fällige und der nichtfällige Anspruch 6
§ 4. Der einredebehaftete Anspruch 8
§ 5. Der Herausgabeanspruch 10
§ 6. Das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Untermieter 11

Besonderer Teil.

1. Abschnitt: Der obligatorische Anspruch.

§ 7. Der Herausgabeanspruch des § 556, 3 BGB. 13
§ 8. Die verschiedenen Konstruktionen des sachenrechtlichen Charakters des § 556, 3 BGB. 16
a) Besitzklage 16
b) Mobiliarvindikation 18
c) Stellungnahme zu den sachenrechtlichen Theorien 22
§ 9. Verschiedene Mittelmeinungen 23
§ 10. Die verschiedenen Konstruktionen des obligatorischen Charakters des § 556, 3 BGB. 25
a) Schuldübernahme (Gesamtschuld) 25
b) Abgeleitete Schuld 28
c) Stellungnahme zu den obligatorischen Theorien 28
§ 11. Die Haftung des Untermieters für Schadensersatz . 29

Seite

§ 12. Das Zurückbehaltungsrecht des Untermieters wegen Verwendungen 29
a) Die Einrede des § 273 II BGB. 29
b) Zurückbehaltungsrecht wegen der eigenen Verwendungen 30
c) Zurückbehaltungsrecht wegen der Verwendungen des Mieters 32
d) Stellungnahme zu den verschiedenen Ansichten 34

2. Abschnitt: Der dingliche Anspruch.

§ 13. Der Herausgabeanspruch des § 985 BGB. 34
§ 14. Die scheinbare Einrede des § 986, 1 Satz 1 BGB. . 35
§ 15. Der Anspruch auf Schadensersatz 40
§ 16. Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts aus § 1000 BGB. 43

3. Abschnitt: Die Konkurrenz der beiden Ansprüche.

§ 17. Anspruchskonkurrenz oder Gesetzeskonkurrenz? . . 46
§ 18. Endergebnis 49

Literaturverzeichnis.

Arnold, Die Wohnungsmiete nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Aufl. München 1900.

Biermann, Kommentar zum Sachenrecht des BGB. 2. Aufl. 1903.

Bödicker, Wirkt nach Reichsrecht das vom Vermieter gegen den Mieter erstrittene Räumungsurteil Rechtskraft und Vollstreckbarkeit gegen den nach der Rechtskraft aufgenommenen Untermieter? Enthält die Räumungsklage aus § 556 BGB. ein sachenrechtliches Moment? Leipziger Dissertation 1903.

Brückner, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Aufl. Leipzig 1902.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900/01. 4. Aufl. 1903/04.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen u. Leipzig 1902.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach dem römischen und dem heutigen Reichsrecht. Freiburg i. Br. 1897.

Denkschrift zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 1. und 2. Aufl. Halle a. S. 1900/01.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. 1901.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 6. Aufl. München 1904.

Friedenthal, Einwendung und Einrede. Jena 1898.

Fuld, Das Mietrecht nach dem BGB. für das Deutsche Reich. Leipzig 1898.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes nach BGB. 1897.

Hellmann, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. Freiburg 1897.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. 1901.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts I. 1903.

Hölder, Kommentar zum BGB. Allgem. Teil. 1900.

Hölder, Über Ansprüche und Einreden. Im „Archiv für civilistische Praxis" Bd. 93 S. 1 ff. 1902.

Kuhlenbeck, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1903.

Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem BGB. 1903.

Leonhard, Allgemeiner Teil des BGB. 1900.

Maenner, Das Recht der Grundstücke nach BGB. und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 1899.

Mittelstein, Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches. Berlin 1900.

Motive zum Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich.

Neumann, Handausgabe des BGB. 1899.

Nissen, Ein Beitrag zur Struktur der Ansprüche aus § 556 und § 604 BGB. Juristische Wochenschrift 1903 S. 201—204.

Oertmann, Kommentar zum zweiten Buche des BGB. Berlin 1898.

Planck, Kommentar zum BGB. Berlin 1900.

Prieß, Das Recht der Untermiete nach dem BGB. Rostocker Dissertation 1904.

Protokolle Bd. 2.

Rehbein, Das BGB. für das Deutsche Reich 1899—1903.

Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuches. Heft 2: Die abgeleitete Schuld. Stuttgart 1902.

Schollmeyer, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeiner Teil. München 1900.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. 2. Aufl. Berlin 1904.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. 1903.

Siber, Kompensation und Aufrechnung. 1899.

Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten. Sonderdruck aus der Festgabe der Juristenfakultät Halle zu Dernburgs 50jährigem Doktor-Jubiläum. Halle a. S. 1900.

Staudinger, Kommentar zum BGB. 2. Aufl. München.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt a. M. 1887.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. von Kipp. Frankfurt a. M. 1900.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0089

Allgemeiner Teil.

§ 1.

Der Anspruch im allgemeinen.

Hellwig[1]) meint, es gebe in der modernen Rechtssprache kaum einen Begriff, der nach seiner durch Windscheid geschehenen Einbürgerung nicht nur in der Literatur und Praxis, sondern auch in den Gesetzen in so verschiedenem Sinne gebraucht werde, als der des Anspruchs. Während er es infolgedessen als einen großen Gewinn ansieht, daß das BGB. definiere, was es selbst unter Anspruch verstehe, wäre es nach Langheineken[2]) vielleicht besser gewesen, wenn der Gesetzgeber von der Aufnahme jener lehrhaften Definition Abstand genommen hätte, zumal der vom Gesetz gebrauchte Ausdruck uns bereits vom Urheber der Anspruchlehre und zwar in einem Zusammenhang, der jedes Mißverständnis ausschließt, vermittelt worden sei.[3])

Diese Legaldefinition nun, die uns der § 194 Abs. 1 des BGB. gibt, lautet: Anspruch ist das Recht, von

---

[1]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht § 1 III, 5.

[2]) Langheineken, Einspruch und Einrede § 2 A I S. 20.

[3]) vgl. Windscheid, Pand. I § 43 S. 99.

einem andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, mit Zuhilfenahme des § 241 BGB. also das Recht, von einem andern eine Leistung zu fordern, und die Stellung dieser Definition im allgemeinen Teile des BGB. beweist, daß, wie nach Windscheid, der Anspruch im ganzen Privatrechtssystem zu finden ist. Es gibt sonach Ansprüche aus Schuldverhältnissen, aus sachen-, familien- und erbrechtlichen Verhältnissen, oder es gibt Ansprüche aus relativen oder persönlichen Rechten und Ansprüche aus absoluten Rechten. Erstere sind solche Rechte, die sich von Anfang an gegen eine bestimmte Person richten, z. B. einige Familien, vor allem aber die Forderungsrechte; letztere diejenigen Rechte, die sich gegen jederman richten, die sogen. Persönlichkeitsrechte, gewisse Familienrechte, vor allem aber die dinglichen Rechte.

Im folgenden betrachten wir nun zunächst die Ansprüche aus Forderungsrechten als den wichtigsten relativen, sodann die Ansprüche aus dinglichen Rechten als wichtigsten absoluten Rechten.

§ 2.

Der persönliche und der dingliche Anspruch.

Beim Forderungsrecht deckt sich zwar regelmäßig das Recht mit dem darin enthaltenen Anspruch, weil dann das Recht sich in seiner Richtung nach außen erschöpft. Man darf aber trotzdem nicht persönliches Recht und

persönlichen Anspruch als begrifflich gleich annehmen, wie dies Hellwig[4]) tut, der den Anspruch (sogar mit Einschluß des absoluten Anspruchs) mit dem Forderungsrechte gleichstellt, oder wie Siber,[5]) der ebenfalls die Frage der Identität[6]) von Schuldverhältnis und Anspruch bejaht, und zu dem Ergebnis kommt, daß, von familienrechtlichen Ansprüchen abgesehen, zwar nicht jedes Schuldverhältnis ein Anspruch, aber jeder Anspruch ein Schuldverhältnis sei.[7]) Gegen eine solche begriffliche Identifizierung aber hat sich die Mehrzahl der Schriftsteller[8]) ausdrücklich erklärt. Für uns steht das eine fest, daß jedes relative Recht von seinem Entstehen an einen Anspruch in sich schließt, daß der persönliche Anspruch sofort mit der Existenz des selbständigen persönlichen Rechtsverhältnisses gegeben ist.

Anders verhält es sich bei den absoluten, insbesondere den dinglichen Rechten bezw. den aus ihnen hervorgehenden Ansprüchen. Nimmt man mit Wind-

---

[4]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht 5ff.

[5]) Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis 92.

[6]) Die Gleichstellung von Anspruch und Forderungsrecht wird ferner anerkannt von Endemann § 86 S. 452, 2; Planck 48; Hellmann 194; Leonhard 199; Kuhlenbeck 562.

[7]) Siber a. a. O. § 16 S. 139.

[8]) Enneccerus, BürgR. I § 147 II S. 371; Dernburg, BürgR. I § 42 Anm. 5 S. 107; Kipp, Zusätze II S. 8; Oertmann, Komm. Vorbem. 3c S. 1; Planck, Komm. II Vorbem. I S. 3f.; Schollmeyer, Komm. Vorbem. S. 2; Siber, Komp. u. Aufr. S. 83 a. A.

scheid, Cosack, Hellwig, Langheineken[9]) an, daß jedes dingliche Recht eine ungezählte Menge von Ansprüchen gegen jedermann auf Unterlassen jeglicher Beeinträchtigung enthält, dann können wir hier bei den absoluten Ansprüchen ebenso wie früher bei den relativen sagen, daß der Anspruch sofort mit Existenz des selbständigen Rechtsverhältnisses gegeben ist. Der herrschenden Meinung folgend, verwerfen wir aber diese Ansicht, deren Unrichtigkeit einerseits aus der Unübertragbarkeit solcher scheinbaren Ansprüche folgt,[10]) andererseits aber aus der Erwägung hervorgeht, daß der Anspruch sich gegen einen bestimmten andern richtet.[11]) Diese Erwägung stützt sich auf die Motive,[12]) die ausdrücklich den Anspruch gegen jedermann verwerfen, und den Wortlaut des Gesetzes in § 194 („von einem andern"),[13]) durch den dieser Wille des Gesetz-

---

[9]) Windscheid, Pand. I § 43 S. 99ff.; Cosack, Lehrb. I § 74 S. 264 a. A.; Hellwig, Anspruch und Klagerecht 4 a. A., 25, 26; Langheineken, Anspruch und Einrede § 1 IV S. 9.

[10]) Enneccerus-Lehmann 281.

[11]) Cosack, Lehrbuch I § 74 S. 264 a. A.; Crome, System I § 35 S. 179 a. E.; Enneccerus, BürgR. I § 124 S. 310, 311: Friedenthal, Einwendung und Einrede S. 55, 57 a. A.; Hölder, Komm. § 194 N. 1b S. 411; Planck, Komm. I Vorbem. VII S. 48, § 198 N. 2 S. 249; Rehbein, Erläuterungen I, 301.

[12]) Motive I S. 288, 291 a. A.: „Der Anspruch ist das Recht in seiner Richtung gegen eine bestimmte Person."

[13]) Siber, Rechtszwang 100 § 13 und Hölder i. Arch. f. civ. Prax. 93, 34ff. haben dieses Argument aufgegeben.

gebers genügend zum Ausdruck kommt. Lehnen wir so die Ansprüche gegen jedermann ab, dann ist es klar, daß das dingliche Recht an sich keinen Anspruch enthält. Der dingliche Anspruch muß erst entstehen, es muß ein Ereignis eintreten, damit aus dem dinglichen Rechte ein Anspruch entspringen kann. Dieses Ereignis besteht in der Herbeiführung eines dem dinglichen Rechte widersprechenden Zustandes. Sobald ein solcher Zustand eintritt, der dem betreffenden dinglichen Rechte nicht entspricht,[14]) und — was noch hinzukommen muß — sobald eine bestimmte verpflichtete Person da ist, gegen die sich der Anspruch richten kann,[15]) dann ist ein dinglicher Anspruch entstanden. Langheineken[16]) meint, diese Annahme beruhe auf der Ablehnung des Begriffes des nichtfälligen Anspruches, d. i. des Anspruches, bei dem der Schuldner zwar gegenwärtig verpflichtet, aber nicht zu gegenwärtiger Leistung verpflichtet ist. Daß dem nicht so ist, wird aus folgendem hervorgehen. Wir kommen nämlich nun zur Erörterung der außerordentlich wichtigen, in der Literatur sehr bestrittenen Frage: Gibt es nichtfällige Ansprüche?

---

[14]) Enneccerus, BürgR. I § 124 I 1 S. 31 a. A., § 135 I 1b 337 a. E.; Lehmann, BürgR. II § 1 S. 5; Kipp, Zusätze I S. 155 Anm. 2, 160 a. A.; Maenner, Recht d. Grundstücke 5; Planck, Komm. I Vorbem. VII S. 48.

[15]) Endemann I § 86 S. 452, 2.

[16]) Langheineken a. a. O. § 2 S. 22.

§ 3.

Der fällige und der nichtfällige Anspruch.

Die Forderungen zerfallen unbestritten in fällige und nichtfällige. Und zwar ist eine Forderung dann fällig, sobald der Gläubiger die Leistung verlangen kann. Dies ist in der Regel mit der Entstehung des Schuldverhältnisses der Fall; doch kann durch Vertrag ein besonderer Fälligkeitstermin, ein Verfalltag bestimmt werden; dann ist die Forderung bis zu diesem Tage eine nichtfällige. Wie verhält es sich nun mit dem Anspruch? Endemann[17]) läßt den Anspruch erst mit der Fälligkeit der Forderung zur Entstehung kommen; ebenso Enneccerus[18]) und Crome[19]), von denen ersterer der Anspruchsdefinition das Wörtchen „alsbald", letzterer die Worte „im Augenblick" hinzufügen zu müssen glaubt. Nach dieser Ansicht gäbe es also Forderungen, die Ansprüche sind, und solche, die noch nicht hierzu entwickelt sind. Ebenso meint Siber[20]), nichtfällige Ansprüche seien keine Ansprüche. Das kann

---

[17]) Diese ursprüngliche Ansicht hat Endemann aufgegeben; § 86, S. 453 Anm. 14 erklärt er die Begründung des Forderungsrechtes für die Entstehung des Anspruches als ausreichend; dagegen wird sie nach wie vor vertreten von Cosack I § 74 S. 264.

[18]) Enneccerus, Bürgerliches Recht I § 124 S. 310.

[19]) Crome, System I § 35 S. 180.

[20]) Siber a. a. O. § 12 S. 82 und die daselbst Anm. 4 Zitierten.

aber kaum richtig sein. Denn erstens enthält der Anspruchsbegriff des BGB. keine Zeitbestimmung; die Hinzufügung irgend welcher Ergänzungen ist als willkürlich und falsch zu bezeichnen. Zweitens aber spricht das BGB. selbst in § 273 von fälligen Ansprüchen. Will man nun nicht dem BGB. einen völlig unlogischen Pleonasmus zum Vorwurf machen — und das müßten die tun, die die Fälligkeit als wesentliches Moment des Anspruchsbegriffes ansehen — so muß man zu dem Resultate kommen, daß das BGB. fällige und nichtfällige Ansprüche kennt.[21])

Der existente Anspruch ist also entweder ein fälliger oder ein nichtfälliger, d. h. ist jemand gegenwärtig verpflichtet, dann kann er verpflichtet sein zu gegenwärtiger oder zu zukünftiger Leistung. Nach der herrschenden Meinung, die keine Ansprüche gegen jedermann kennt, hat diese Unterscheidung zwischen fälligen und nichtfälligen Ansprüchen lediglich Bedeutung für die Ansprüche aus Schuldverhältnissen. Bei den Ansprüchen aus dinglichen Rechten falle dieser Unterschied weg, da hier jeder Anspruch, sobald er überhaupt existent, auch sogleich fällig sei.[22]) Wir werden später sehen, daß wir, trotzdem auch wir die Ansprüche gegen jedermann ablehnen, auch bei den dinglichen Ansprüchen

---

[21]) So die herrschende Meinung.

[22]) Anders natürlich diejenigen, welche die dinglichen Ansprüche gegen jedermann kennen.

zwischen fälligen und nichtfälligen zu unterscheiden haben.

§ 4.
Der einredebehaftete Anspruch.

Eine ganz besondere Aufmerksamkeit erfordert der Begriff des einredebehafteten Anspruches, wie ich ihn im folgenden näher untersuchen werde. Einredebehaftet ist ein Anspruch dann, wenn ihm eine Einrede entgegensteht, d. h. wenn jemand berechtigt ist, von einem andern eine Leistung zu verlangen, und dieser andere berechtigt ist, diese Leistung zu verweigern.[23]) Dieses Gegenrecht des Verpflichteten, die ihm obliegende Leistung zu verweigern, heißt Einrederecht, kurz Einrede. Da nun die Geltendmachung dieses Gegenrechts nur durch eine Einredehandlung (im Sinne der ZPO.) erfolgen kann,[24]) diese Einredehandlung aber auch oftmals bloß „Einrede" genannt wird, so muß man sich wohl vor einer Verwechslung der beiden Begriffe Einrederecht und Einredehandlung hüten, einer Verwechslung, auf welcher zum großen Teil die Unklarheit beruht, die lange Zeit gerade auf diesem Gebiete herrschte.

[23]) Langheineken a. a. O. 46 § 2B III.

[24]) Ebenso Friedenthal, Einwendung und Einrede S. 62ff., 66 und Zitelmann, Allgem. Teil 29. Langheineken a. a. O. S. 341 § 21 I hält dies für zu weit gegangen und glaubt, daß nur die Hauptwirkungen der gerichtlichen Geltendmachung zukommen.

Der einredebehaftete Anspruch ist also ein Anspruch, dessen erfolgreiche Geltendmachung ausgeschlossen werden kann durch Einrede, d. h. durch Geltendmachung eines Einrederechtes, und zwar nur und ausschließlich hierdurch ausgeschlossen werden kann. Die Einrede tritt der Geltendmachung des Anspruches entgegen; nur einem Anspruch gegenüber, der geltend gemacht werden kann, kann ich auch eine Einrede geltend machen. Nun ist es aber klar, daß in der Regel [24a]) nur ein fälliger Anspruch geltend gemacht werden kann, da die Nichtfälligkeit der Richter ja bereits von Amts wegen zu beachten hat. Das Behaftetsein mit einer Einrede hat demnach nur einen Sinn bei dem fälligen Anspruch. Der einredebehaftete Anspruch ist sohin m. E. ein Anspruch, der sonsthin abgesehen von dem Behaftetsein mit einer Einrede, geltend gemacht werden könnte, dessen Geltendmachung sonsthin nichts im Wege steht, der also vor allem fällig sein muß.[25]) Ich habe oben gesagt, die erfolgreiche Geltendmachung des Anspruchs werde durch die „Geltendmachung" der Einrede ausgeschlossen, nicht schon durch das bloße

---

[24a]) Ausnahmen: §§ 258, 259, 260 ZPO.

[25]) Ebenso Hellwig, Anspruch und Klagerecht 352, jedoch mit der Abweichung, „der Anspruch gelte als nichtfällig, sei als ein zur Zeit nichtfälliger anzusehen, sobald der Schulder eine dilatorische Einrede geltend mache. A. A. Langheineken a. a. O. 94 § 4 VI, 2.

Bestehen derselben, wie Langheineken[26]) meint. Ich halte in diesem Punkte ebenso wie Friedenthal[27]) die Ausdrucksweise des Gesetzes für inkorrekt.

Eine genauere Untersuchung des Einredebegriffs, insbesondere der dilatorischen und peremtorischen Einreden liegt, wie ich glaube, nicht im Rahmen dieser Arbeit. Hingegen habe ich im folgenden noch einige wenige Worte über die auf Herausgabe gerichteten Ansprüche zu verlieren.

§ 5.

Der Herausgabeanspruch.

Auch bei den Herausgabeansprüchen lassen sich, wie bei den Ansprüchen überhaupt, dingliche und obligatorische Ansprüche auf Herausgabe unterscheiden. Die dinglichen (Vindikationsansprüche) stützen sich auf Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes und gehen in erster Linie auf Herausgabe der Sache, event. auch auf Schadensersatz wegen Vereitelung der Herausgabe (Besitzverlust, Zerstörung) oder der ungeminderten Herausgabe (Beschädigung, Verschlechterung). Die obligatorischen stützen sich auf das betreffende Schuldverhältnis und gehen zunächst auch auf Herausgabe der Sache, sodann bei vereitelter Herausgabe auf Schadensersatz.

---

[26]) Langheineken a. a. O. 94, außerdem § 278 15 II, 1.

[27]) Friedenthal a. a. O. 43 Anm. 1.

§ 6.

Das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Untermieter.

Bevor wir in eine nähere Untersuchung darüber eintreten, welche Ansprüche, insbesondere auf Herausgabe, dem Eigentümer gegen den Untermieter zustehen, haben wir noch in Kürze festzustellen, welches das rechtliche Band ist, das Eigentümer und Untermieter umschlingt, welcher Art die rechtlichen Beziehungen sind, die zwischen beiden bestehen. Auf doppelte Art charakterisiert sich das Verhältnis zwischen Eigentümer und Untermieter. Einmal ist es ein obligatorisches Verhältnis, durch das Vermieter und Untermieter miteinander in Verbindung treten, und zum zweiten besteht eine dingliche Beziehung, nämlich die des Eigentümers zum Besitzer.

Bei Betrachtung des obligatorischen Verhältnisses sehen wir, daß ein direktes obligatorisches Verhältnis zwischen Vermieter und Untermieter überhaupt nicht besteht. Vielmehr sind es zwei Verträge, die hier die obligatorische Bindung schaffen: erstens der Hauptmietvertrag zwischen dem Vermieter und dem Mieter, und zweitens der Untermietvertrag zwischen dem Mieter und dem Untermieter, beides gegenseitige Verträge, durch welche sich der eine (Vermieter bezw. Untervermieter) zur Gewährung des Gebrauchs der Mietsache, der andere Mieter (bezw. Untermieter) zur Entrichtung

des vereinbarten Mietzinses verpflichtet. Zunächst besteht also ein obligatorisches Band nur zwischen dem Vermieter und Mieter einerseits, diesem und dem Untermieter andererseits. Der Mieter ist überhaupt nur mit Erlaubnis des Vermieters berechtigt, die Sache weiterzuvermieten. Hingegen hat der Vermieter weder einen Anspruch gegen den Untermieter auf Entrichtung des Mietzinses noch hat er ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Untermieters.

Was nun die dingliche Beziehung anlangt, so ist hier von grundlegender Bedeutung die Gestaltung des Besitzverhältnisses. Besitzer einer Sache ist nach § 854, 1 BGB. derjenige, der die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt hat. Der Untermieter ist also nach der Gebrauchsüberlassung Besitzer, da er ja eben gerade infolge der Gebrauchsüberlassung die Herrschaft über die Mietsache erlangt.[28]) Aber auch der Mieter ist Besitzer nach § 868 BGB., und zwar unmittelbarer Besitzer. Und die gleiche Eigenschaft kommt dem Vermieter

[28]) Damit ist aber nicht, wie dies Neumann, Anm. 2 u. 3 zu § 549 tut, Gebrauchsüberlassung und Übertragung des unmittelbaren Besitzes identifiziert. Vielmehr denke ich dabei nur an die weitaus überwiegende Mehrzahl der Mietverhältnisse, in denen nämlich tatsächlich ohne Übergabe der vertragsmäßige Gebrauch der Mietsache nicht ausgeübt werden kann, ohne die vereinzelten Fälle zu vergessen, in denen eine Mietbenutzung ohne Besitzerwerb stattfindet. Vgl. Endemann a. a. O. § 167, 20 S. 1043 und § 168 Anm. 5; Crome, System § 235 Anm. 2 S. 537.

nach § 871 BGB. zu. Fischer-Henle[29]) spricht hier von einem entfernt mittelbaren Besitzer; mit Cosack[30]) müßten wir den Besitz des Mieters als mittelbaren Besitz ersten Grades, den des Vermieters als mittelbaren Besitz zweiten Grades bezeichnen.

Im folgenden betrachten wir nun zunächst den Herausgabeanspruch auf Grund der obligatorischen Beziehungen und sodann auf Grund des bestehenden dinglichen Verhältnisses.

Besonderer Teil.

I. Abschnitt.

Der obligatorische Anspruch.

§ 7.

Der Herausgabeanspruch des § 556, 3 BGB.

Die Protokolle[1]) sprechen von einem dringenden praktischen Bedürfnis, das gebiete, dem Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses unter allen Umständen auch einen unmittelbaren Anspruch gegen den Untermieter auf Rückgabe der Mietsache zu geben. Ohne eine solche besondere positive Vorschrift wäre der Vermieter, falls er nicht auf Grund des Eigentums die Herausgabe der Sache verlangen könne, darauf angewiesen, sich den

---

[29]) Fischer-Henle § 871 Anm. 1.

[30]) Cosack a. a. O. II § 185 IV 2b.

[1]) Protokolle II, 190.

Anspruch des Mieters gegen den Untermieter abtreten oder nach § 772 ZPO. überweisen zu lassen, welches Mittel aber versagen würde, wenn der Mieter nach dem zwischen ihm und dem Untermieter bestehenden Rechtsverhältnisse noch nicht befugt wäre, die Rückgabe der Sache zu fordern. Da ein solches Ergebnis der Natur des Untermietverhältnisses widerstreiten würde, sei eine gesetzliche Erweiterung der Rechte des Vermieters im Sinne des § 556, 3 erforderlich gewesen.

Dieser § 556, 3 des BGB. lautet:

„Hat der Mieter den Gebrauch der Sache einem Dritten überlassen, so kann der Vermieter die Sache nach Beendigung des Mietverhältnisses auch von dem Dritten zurückfordern."

Dieser Paragraph spricht von einer Gebrauchsüberlassung; es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß die Untermiete im Begriffe der Gebrauchsüberlassung mit eingeschlossen ist, ja daß der Gesetzgeber in erster Linie an die Untermiete gedacht hat. Dies geht aus einem Vergleich mit § 549 hervor, der lautet: „Der Mieter ist ohne die Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, den Gebrauch der Mietsache einem Dritten zu überlassen, insbesondere die Sache weiter„zuvermieten". Durch dies „insbesondere" wird die Untervermietung als ein Fall der Gebrauchsüberlassung hingestellt, und es kann nicht Crome[2]) beigepflichtet werden, der die Gebrauchsüber-

[2]) Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte 90ff., ebenso System 2, 560.

lassung in einen Gegensatz zur Untermiete stellt; spricht ja auch schon gegen ihn, wie Prieß[3]) treffend bemerkt, daß die §§ 549, 2, 550, 553, 556, 3 nur die Gebrauchsüberlassung erwähnen, während sie doch zweifellos auch für die Untermiete Geltung haben, ich möchte hinzufügen, vor allem für diese geschaffen wurden. Ohne nun zu übersehen, daß § 556, 3 auch andere Fälle der Gebrauchsüberlassung (z. B. die unentgeltliche) mit einschließt, wollen wir, um den Fall zunächst auf die Untermiete abzustellen, Abs. 3 formulieren: Hat der Mieter die Sache weitervermietet, so kann der Vermieter die Sache nach Beendigung des Mietverhältnisses auch von dem Untermieter zurückfordern. In diesem Satze ist das Wörtchen „auch" von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Es weist uns auf Abs. 1 hin, der lautet: Der Mieter ist verpflichtet, die Sache nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben, oder entsprechend der Fassung des Abs. 3: Der Vermieter kann nach Beendigung des Mietverhältnisses die Sache von dem Mieter zurückfordern. Hat also der Mieter die Sache weitervermietet, dann kann der Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses die Sache von dem Mieter oder auch von dem Untermieter zurückfordern. Daraus geht evident hervor, daß der Anspruch des Abs. 3 kein anderer ist als der des Abs. 1, und wenn wir den Anspruch im Abs. 1 für einen rein obligatorischen halten

[3]) Prieß, Das Recht der Untermiete nach dem BGB., Rostocker Dissertation 1904, 13.

— und das ist zweifellos der Fall — dann ist auch der des Abs. 3 obligatorischer Natur. Denn ich halte es für verfehlt, wollte man, wie dies Bödicker[4]) tut, aus der nur eventuell konstruierten dinglichen Natur des Abs. 3 auch in Abs. 1, „ohne freilich damit dessen unbestrittene Kontraktsnatur zu beseitigen," einen dinglichen Charakter hineingeheimnissen. Und es fehlt nicht an solchen, die den Anspruch aus § 556, 3 als einen sachenrechtlichen konstruieren wollen.

§ 8.

Die verschiedenen Konstruktionen des sachenrechtlichen Charakters des § 556, 3 BGB.

a) Besitzklage.

Staudinger[5]) gelangt, ausgehend von der Erwägung, daß zwischen Vermieter und Untermieter kein kontraktliches Verhältnis besteht und daß die Untermiete einzig und allein in der Hauptmiete wurzelt, also mit deren Beendigung dem Vermieter gegenüber keinerlei Berechtigung mehr hat, zu der Anschauung, daß der Untermieter, der gleichwohl noch die Mietsache fürderhin besitzen will, dem Vermieter widerrechtlich den Besitz gewissermaßen durch verbotene Eigenmacht entzieht, und faßt demgemäß die Klage als eine Art Besitzklage

[4]) Bödicker a. a. O. 49.

[5]) Staudinger, Komm. Anm. III, 3 zu § 556.

auf. Diese Auffassung teilt Fuld,[6]) der eine Rechtfertigung des direkten Klagerechts darin findet, daß der Untermieter, der nach Beendigung des Mietverhältnisses noch in der Wohnung verbleibt, sich durch fernere Innehabung der Wohnung einer unberechtigten Besitzstörung schuldig mache und infolgedessen jedem Dritten gleichstehe, der sich eine Besitzstörung zu schulden kommen lasse.

Bekämpft wird diese Auffassung von Romeick,[7]) der es für undenkbar hält, daß, während der Vermieter keinen Besitzschutz gegen den Mieter, der Mieter als seinerseits mittelbarer Besitzer keinen Besitzschutz gegen den Dritten hat, trotzdem der Vermieter eine Art Besitzklage gegen den Dritten haben soll. Ich glaube aber, daß die von ihm zum Beweise des Satzes, daß es zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer keinen Besitzschutz gebe, zitierten Worte der Denkschrift[8]): „Ebenso wenig bedarf er (der mittelbare Besitzer) der Besitzansprüche im Verhältnis zu dem unmittelbaren Besitzer; gegen Übergriffe des letzteren bietet ihm der Anspruch aus dem zwischen beiden bestehenden Rechtsverhältnisse genügenden Schutz", sich eher in einem Staudinger und Fuld günstigen Sinne verwerten lassen. Der Vermieter bedarf allerdings keines Besitzschutzes gegen den Mieter, weil ihm der Anspruch aus dem zwischen beiden bestehenden Rechtsverhältnisse genügend

[6]) Fuld, Das Mietrecht nach dem BGB. 109.

[7]) Romeick, Die abgeleitete Schuld 24.

[8]) Denkschrift 114.

Schutz verleiht, und ebenso verhält es sich mit dem Mieter gegenüber dem Dritten. Zwischen dem Vermieter und dem Dritten aber besteht eben kein derartiges Rechtsverhältnis, aus dem ein genügend Schutz bietender Anspruch fließen könnte; eben deswegen wäre hier eine Besitzklage am Platze.

Aber da greift der zweite Einwand Romeicks ein, den ich für den ausschlaggebenden halte, der nämlich, daß gegenüber dem mittelbaren Besitzer, verbotene Eigenmacht nicht verübt werden kann.[9]) Dieser Fundamentalbegriff der Besitzlehre, ich meine den Begriff der verbotenen Eigenmacht, wäre vollkommen über den Haufen geworfen, wollte man in § 556, 3 einen Besitzanspruch erblicken.

Daß dieser Paragraph aber keine Besitzklage enthalten kann, geht m. E. auch schon daraus hervor, daß zwar in der überwiegenden Anzahl der Fälle eine Gebrauchsüberlassung ohne Besitzübertragung nicht möglich ist, daß aber immerhin vereinzelte Fälle denkbar sind, in denen eine Mietbenützung ohne Besitzerwerb stattfindet.[10])

b) Mobiliarvindikation.

Als petitorische Klage faßt Hellwig[11]) den Anspruch aus § 556, 3 auf, als die deutschrechtliche trotz der

[9]) Zur gegenteiligen Ansicht vgl. Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 7 Anm.

[10]) vgl. oben § 6 Note 28.

[11]) Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte 2. Buch Kap. I S. 421, 422.

romanistischen Verkleidung in das BGB. aufgenommene Mobiliarvindikation. Dabei geht er von der Ansicht aus, daß sich der Anspruch darauf zu stützen habe, daß der Kläger mittelbarer Besitzer der Sache und daß diese dem Beklagten von dem Besitzmittler des Klägers zum Gebrauch überlassen sei. Dem Vermieter stehe die Klage als dem mittelbaren Besitzer zu, und daß der Beklagte sich auf seinen Besitz nicht stützen könne, stehe mit Klagtatsache, daß ihm die Sache von dem Besitzmittler überlassen sei, alsbald fest. So bringt Hellwig die Norm des § 556, 3 in — wie er selbst sagt — den engsten, bisher kaum beachteten Zusammenhang mit dem außerordentlich bedeutungsvollen Grundsatze des § 986, 1, der dem Unterbesitzer selbst die Möglichkeit gebe, die Zurückweisung des Vindikanten herbeizuführen. Die Harmonie mit § 986, 1 bestehe des weitern darin, daß der Vermieter die Herausgabe der Sache von dem Unterbesitzer erst nach Beendigung des Mietverhältnisses verlangen, vorher also Restitution an sich selbst nicht beanspruchen könne, da sein Recht an der Sache gegenüber dem obligatorischen Rechte des Unterbesitzers gegen den Mieter gelähmt sei.

Wiederum ist es Romeick,[12]) der gegen diese Konstruktion mit aller Entschiedenheit Front macht. Er faßt nämlich Hellwig so auf, daß es sich bei ihm lediglich um den durch die Eigentumsvermutung des § 1006, 3

[12]) Romeick a. a. O. 15.

erleichterten Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe handele. Wo der Vermieter sich nicht als Eigentümer hinstellt, soll die Eigentumsvermutung des § 1006 für den mittelbaren Besitzer Platz greifen. Nun stellt aber dieser § 1006 lediglich eine Eigentumsvermutung für bewegliche Sachen auf, während § 556, 3 doch auch die Miete von Grundstücken umfaßt. Es müßte also — so argumentirt Romeick weiter — der nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragene Vermieter eines Grundstücks sein Eigentum beweisen, wenn er das vermietete Grundstück von dem Untermieter zurückfordert. Das aber kann natürlich nicht gewollt sein.

Und noch bei einer zweiten Gruppe von Fällen scheitert Hellwigs Theorie, wie Bödicker[13]) nachweist, dann nämlich, wenn nicht der Eigentümer es ist, der die Herausgabe der Sache verlangt, auch nicht ein mittelbarer Besitzer, für den die Eigentumsvermutung des § 1006, 3 gelten könnte, sondern wenn es z. B. ein Pächter ist, bei den von einer Eigentumsvermutung gar keine Rede sein kann, der eine solche für sich überhaupt gar nicht in Anspruch nehmen will. Und gerade für diese Gruppe von Fällen sollte nach den Protokollen[14]) § 556, 3 geschaffen werden.

Weiterhin ist es für Romeick unverständlich, warum der Rückforderungsanspruch in § 556, 3, der nach

[13]) Bödicker a. a. O. 46.

[14]) Prot. 2, 190.

Hellwig nichts anderes als der Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe sei, lediglich gegen den Dritten gegeben werde, dem der Mieter den Gebrauch der Sache überlassen habe, nicht aber gegen den, dem die Sache zur Verwahrung oder zum Nießbrauch übergeben sei,[15]) warum überhaupt dann dieser Paragraph geschaffen wurde, wenn er nichts anderes enthält als den selbstverständlichen Satz, daß der Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe wie gegen jeden so auch gegen den zustehe, dem die Sache vom Mieter zum Gebrauch überlassen sei?

Diese Polemik Romeicks möchte Bödicker,[16]) der Hellwigs Theorie mutatis mutandis für die seinige gelten lassen will, dadurch hinfällig machen, daß er Hellwig zwar in seinen Ausgangspunkten verwertet, auf Grund der unten zu erörternden Folgerungen aber zu dem Ergebnis kommt, daß § 556, 3 deshalb geschaffen werden mußte, damit in diesem Paragraphen für Mobilien und Immobilien die Norm zum Ausdruck komme, die in § 1007 allein auf Mobilien abgestellt sei. Dabei geht er von der Hellwigschen[17]) Interpretation des § 1007 aus, die einen praktisch wichtigen Anwendungsfall der

---

[15]) Siber, Rechtszwang 120: „Sollte dem Vermieter hier nicht entsprechend § 556, 3 ein besonderer Rückgabeanspruch auch gegen den Verwahrer zu gewähren sein, so hätte er aus Beschädigung oder Zerstörung der Sache durch den letzteren nur einen Deliktsanspruch.

[16]) Bödicker a. a. O. 50.

[17]) Hellwig, Rechtskraft § 51 S. 352.

Geltendmachung des Besitzanspruchs auf Grund der lex generalis des § 1007 darin erblickt, daß der Oberbesitzer von dem nicht oder nicht mehr zum Besitze berechtigten Besitzmittler Herausgabe der Sache verlangen kann, und die in § 1007, 3 erklärte „entsprechende" Anwendung des § 986 darin bestehen läßt, daß an Stelle des Eigentümers des § 986 in diesem Paragraphen der ältere Besitzer des § 1007 gesetzt werde. So gelangt er zu der Annahme, daß da in § 1007 und § 556, 3 derselbe Rechtsgedanke zum Ausdruck komme, nämlich der, daß der Vermieter Herausgabe vom Untermieter erst nach Beendigung des Mietverhältnisses verlangen könne, § 1007 aber besitzrechtlichen Charakter habe, auch § 556, 3 von besitzrechtlicher Natur sein müsse.

Gegenüber dieser Konstruktion allerdings läßt sich von den oben gebrachten Einwänden nur mehr der halten, warum dann der Anspruch aus § 556, 3 nur gegenüber dem gegeben sei, dem die Sache zum Gebrauch überlassen ist. Aber selbst wenn wir Hellwigs nicht unbestrittene Interpretation des § 1007 acceptieren wollten, so ist nicht einzusehen, warum man nur deshalb, weil beide Klagen erst nach Beendigung des Mietverhältnisses gegeben sind, infolge des gleichen Rechtsgedankens in den § 556, 3 eine sachenrechtliche Natur hineintragen will.

c) Stellungnahme zu den sachenrechtlichen Theorien.

Warum denn hinterher einer Gesetzesnorm einen Charakter verleihen, den der Gesetzgeber in keiner

Weise beabsichtigt hat? Der Anspruch des Vermieters gegen den Untermieter ist, wie im vorigen Paragraphen schon dargelegt, ein obligatorischer, ist gleichartig dem Anspruch in Abs. 1, soll, wie die Denkschrift sagt, aus dem Hauptvertrag entstehen. Und wenn es in den Protokollen[18]) heißt, die Konstruktion solle der Wissenschaft überlassen bleiben, so meinen sie nicht damit, die Wissenschaft soll entscheiden, ob hier ein obligatorischer oder ein dinglicher Anspruch vorliegt, sondern sie wollen zum Ausdruck bringen, die Wissenschaft soll ergründen, wie der in diesem Falle gegebene obligatorische Anspruch zu konstruieren ist. Das haben denn auch bereits verschiedene Schriftsteller versucht.

§ 9.

Verschiedene Mittelmeinungen.

Endemann,[19]) der von einer Annäherung zwischen dinglichem und obligatorischem Rechte spricht, sieht in der Norm des § 556, 3 ein gegen Dritte wirkendes Forderungsrecht, einen jener wenigen Fälle, in denen sich die obligatorische Haftung auch auf Dritte an dem Schuldbegründungsakte unbeteiligte Personen erstreckt. Dies entspricht im allgemeinen Plancks[20]) Ansicht,

---

[18]) Prot. II, 190.

[19]) Endemann, Lehrbuch 1, 573.

[20]) Planck-Greiff, Komm. Nr. 3 zu § 556.

der daraus, daß § 556, 3 dem Vermieter den gleichen Anspruch, wie gegen den Mieter, gegen jeden Dritten, welchem der Mieter den Gebrauch der Sache überlassen hat, gewähre, für den Rückgabeanspruch des Vermieters die Natur einer actio in rem scripta folgert. Und ebenso glaubt Brückner,[21]) der Rückgabeanspruch werde dadurch zu einer actio in rem scripta gestempelt, daß durch die Vorschrift des § 556, 3 die auf dem Mietvertrage beruhende Räumungspflicht an die Innehaltung der Mieträume geknüpft werde.

Planck scheint dabei zu übersehen, daß man von einer actio in rem scripta nur dann sprechen könnte, wenn der Anspruch in der Tat gegen jeden Dritten gegeben wäre. In § 556, 3 ist aber nur von dem Dritten die Rede, dem die Sache vom Mieter überlassen ist und zwar gar bloß zum Gebrauch. Das ist auch der Einwand, der gegen Brückner zu bringen ist, denn es ist ganz und gar unrichtig, daß der Anspruch gegen den geht, der die Sache inne hat, sondern nur gegen den, dem die Sache zum Gebrauch überlassen ist.

---

[21]) Brückner, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen 79 Nr. 5.

§ 10.

Die verschiedenen Konstruktionen des obligatorischen Charakters des § 556, 3 BGB.

a) Schuldübernahme (Gesamtschuld).

Oertmann[22]) nimmt an, daß der Untermieter durch Abschluß seines Vertrages kraft gesetzlicher („notwendiger") Schuldübernahme in die Verpflichtung seines Vermieters aus § 556 zur demnächstigen Rückgabe der Mietsache ohne weiteres eintritt, nicht an Stelle des, aber neben dem ursprünglichen Verpflichteten. Während Bödicker[23]) noch sagen konnte, daß Oertmann mit dieser seiner Konstruktion einer gesetzlichen Schuldübernahme ziemlich allein stehe, haben sich inzwischen die Ansichten vermehrt, die eine Gesamtschuld annehmen. So läßt Crome[24]) in Hinsicht darauf, daß durch die Übernahme einer vermieteten Sache zum Gebrauch der Übernehmer der Sache kumulativ neben dem Mieter in die Mietverpflichtung eintrete, soweit sie sich auf die Rückgabe der Sache beziehe, beide als Gesamtschuldner haften. Und ebenso handelt es sich nach Schollmeyer[25]) um eine gesetzliche Gesamtschuld, deren Voraussetzung der Umstand bilde, daß der Dritte

---

[22]) Oertmann, Komm. Nr. 3 zu § 556.

[23]) Bödicker a. a. O. 27.

[24]) Crome, System 2, 552 Anm. 47.

[25]) Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhälnisse 66.

sein Recht zum Besitz vom conductor ableite und deren Inhalt einzig und allein die durch die Rückgabeverbindlichkeit des conductor näher bestimmte Rückgabepflicht ist. Stammler[26]) endlich beantwortet die Frage, ob für den Fall, daß gemietete Sachen in teilbarer Leistung zurückzugeben seien, eine Gesamtschuld oder eine geteilte Schuld vorliege, dahin, daß die dem Hauptvermieter gegen den Untermieter zustehende actio utilis eben nur auf dasjenige geht, was dem Beklagten von seinem Autor überlassen worden ist, daß aber insoweit eine Gesamtschuld vorliege. Diese Ansicht, hierin eine Erweiterung des Schuldverhältnisses (akzessorisches Gesamtschuldverhältnis) zu erblicken, teilt auch Langheineken.[27])

Der Kernpunkt aller dieser Anschauungen ist also der, daß eine kumulative Haftung, eine Gesamtschuld insoweit vorliege, als sich die Verpflichtung des Mieters auf die Rückgabe der Mietsache bezieht. Tritt aber der Untermieter kumulativ in die Verpflichtung des Mieters zur Rückgabe ein, dann müßte er ja notwendigerweise gesetzlich auch die Verpflichtungen übernehmen, die sich aus einer schuldhaften Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache durch den Mieter oder gar aus der Unmöglichkeit der Rückgabe durch ein nach der Gebrauchsüberlassung eingetretenes Verschulden des

---

[26]) Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten 135.

[27]) Langheineken, Anspruch und Einrede 27.

Mieters ergeben, da die Pflicht des Mieters zur Rückgabe sich nicht mit einem klaren und sichern Schnitt von den übrigen Verpflichtungen des Mieters trennen läßt. Diese notgedrungene Folgerung, für die das Gesetz nicht den geringsten Anhalt bietet, ist der eine Grund, der für Romeick[28]) die Oertmannsche Konstruktion unannehmbar macht.

Zum zweiten aber hält Romeick dieselbe für völlig erzwungen gegenüber dem natürlichen Sachverhalt und dem Willen des Mieters und Untermieters, da ein direktes Klagerecht des Vermieters nicht dem Willen der Übernahmeparteien entspreche. Und in diesem Argument begegnet er sich mit Nissen,[29]) der gleichfalls einwendet, das ein Anhalt für den Schuldübernahmewillen des Untermieters fehle, namentlich dann, wenn dieser bei der Gebrauchsüberlassung nicht wußte, daß und unter welchen Bedingungen die Sache nur eine gemietete sei, aber auch schon dann, wenn der Mieter dem Untermieter von dem Bestand und dem Inhalt des primären Mietvertrags wahrheitsgetreue Mitteilung gemacht hat.

Während aber Nissen sich darauf beschränkt, lediglich die Konstruktion einer gesetzlichen Schuldübernahme abzulehnen, ist Romeick[30]) in positiver Richtung einen Schritt weiter gegangen, indem er den Begriff der abgeleiteten Schuld aufstellte.

---

[28]) a. a. O. 26.

[29]) Nissen, Ein Beitrag zur Struktur der Ansprüche aus §§ 556 und 604 BGB. Juristische Wochenschrift 1903 S. 201—204.

b) Abgeleitete Schuld.

Romeick[30]) meint, die richtige Konstruktion des § 556, 3 werde die in Wahrheit am nächsten liegende sein, nämlich die, daß hier eine eigene ursprüngliche Verpflichtung des Dritten statuiert ist, um den Rückforderungsanspruch des Vermieters zur Durchführung zu bringen. Diese eigene ursprüngliche Verpflichtung des Dritten bezeichnet Romeick als abgeleitete Schuld und glaubt, das Gesetz folgere einen solchen direkten Anspruch des Vermieters gegen den Dritten daraus, daß sich neben die obligatorische Beziehung zwischen Vermieter und Mieter (gemeint ist der Rückforderungsanspruch des Vermieters gegen den Mieter, begründet durch den beendigten Mietvertrag) eine völlig neutrale Tatsache in der Person des Dritten (gemeint ist die von seiten des Mieters erfolgte Gebrauchsüberlassung an den Dritten) lagere.

c) Stellungnahme zu den obligatorischen Theorien.

Ich bin nicht abgeneigt, mich der Romeickschen Konstruktion anzuschließen, und nehme an, daß das Gesetz als Folge der Gebrauchsüberlassung an den Untermieter ein gesetzliches Schuldverhältnis statuiert, das seinen Inhalt, soweit es sich um die Rückgabe der Sache handelt, von dem zwischen Vermieter und Mieter bestehenden Vertragsverhältnisse empfängt.

---

[30]) a. a. O. 27.

Wir sehen also, daß auf Grund des § 556, 3 der Vermieter einen obligatorischen Anspruch auf Rückgabe der Mietsache gegen den Untermieter hat. Dieser Anspruch kommt zum Entstehen mit der Gebrauchsüberlassung der Mietsache an den Untermieter und wird fällig mit Beendigung des Hauptmietverhältnisses.

§ 11.

Die Haftung des Untermieters für Schadensersatz.

Wie haftet der Untermieter dem Vermieter für Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache oder für die Unmöglichkeit der Herausgabe? In diesem Punkte ist die lex generalis des § 276 BGB. maßgebend. Darnach haftet der Untermieter für den Schaden, der dadurch entsteht, daß durch sein Verschulden (Vorsatz und Fahrlässigkeit) die Sache verändert, verschlechtert oder ihre Rückgabe unmöglich wird, aber selbstverständlich nur für den Schaden, den er (der Untermieter) vom Augenblick der Gebrauchsüberlassung an verschuldet.[31])

§ 12.

Das Zurückbehaltungsrecht des Untermieters wegen Verwendungen.

a) Die Einrede des § 273 II BGB.

Die Pflicht zur Rückgabe der Sache nach beendetem Vertrage ist für den Mieter keine unbedingte, sondern

[31]) Welcher Konflikt in bezug auf die Haftung für Schaden entsteht, wenn man sich der Konstruktion der Schuldübernahme anschließt, ist bereits oben § 9b näher ausgeführt worden.

nach § 547 BGB. stehen ihm Ansprüche an den Vermieter aus Verwendungen, die auf die Sache gemacht wurden, in gewissem Umfange zu, und bis zur Befriedigung dieser Ansprüche hat er nach § 273 BGB. ein Zurückbehaltungsrecht an der Sache, das einredeweise geltend zu machen ist; ausgenommen von diesem Rechte sind nur nach § 556 II BGB. vermietete Grundstücke. Die Frage ist nun, ob und unter welchen Voraussetzungen dem auf Rückgabe in Anspruch genommenen Untermieter ein derartiges Recht dem Vermieter gegenüber zusteht, zunächst wegen seiner eigenen Verwendungen, dann aber wegen der Verwendungen des Mieters.

b) Zurückbehaltungsrecht wegen der eigenen Verwendungen.

Was das Zurückbehaltungsrecht wegen der eigenen Verwendungen anlangt, so gehen die Meinungen der Schriftsteller weit auseinander. Während Mittelstein[32]) ein Zurückbehaltungsrecht wegen eigener Verwendungen überhaupt nicht zulassen will, hält es Oertmann[33]) mindestens für zweifelhaft, ob der Untermieter wegen seiner eigenen Verwendungen die Sache zurückbehalten darf. Schließlich bejaht er die Frage für den Fall, daß der Untermieter aus seinem

---

[32]) Mittelstein, Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches 259 Anm. 14.

[33]) Oertmann, Komm. Nr. 3 zu § 556.

Verhältnisse gegen den ersten Mieter Ersatzansprüche hat und zugleich die Verwendungen unter § 547 BGB. fallen, indem er schließt, solche Verwendungen, die der Mieter einem andern zu ersetzen hat, müsse er doch sinngemäß dem Vermieter gegenüber als eigene in Ansatz bringen können. Vollkommen in Übereinstimmung hiermit befindet sich Schollmeyer,[34]) der die Anschauung vertritt, daß im allgemeinen der dritte Besitzer die ihm gegen seinen auctor zustehenden Einwendungen gegenüber dem locator nicht gebrauchen dürfe; nur insoweit es sich um Verwendungen handle, die der dritte Besitzer auf die Sache gemacht habe und die der conductor, wenn er sie selbst gemacht hätte, vom locator ersetzt verlangen könnte (§ 547), müsse der Dritte ihretwegen die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes gegenüber der Herausgabeklage des locator haben.

Romeick[35]) hingegen ist der Ansicht, daß der Dritte eben nur die eigenen Verwendungen geltend machen könne, und zwar nicht nach dem Rechtsverhältnisse zwischen ihm und dem Mieter, sondern nach dem Vertragsrecht des Klägers. Und auf dem gleichen Standpunkt steht Nissen,[36]) der das in Rede stehende Zurückbehaltungsrecht des Untermieters nicht aus einem selbständigen, auf demselben rechtlichen Verhältnisse im Sinne des § 273 I beruhenden Forderungsrecht her-

[34]) Schollmeyer a. a. O. 67.

[35]) Romeick a. a. O. 32.

[36]) Nissen a. a. O. 204.

leitet, sondern nur aus § 273 II begründet, indem er meint, es müsse dem Untermieter ein fälliger Anspruch wegen der von ihm gemachten Verwendungen zustehen.[37])

c) Zurückbehaltungsrecht wegen der Verwendungen des Mieters.

Eine gleich große Meinungsverschiedenheit herrscht bei den Schriftstellern in bezug auf die Frage der Geltendmachung der Verwendungen des Mieters durch den Untermieter. Oertmann[38]) meint, der Untermieter könne wegen der Verwendungen seines Vermieters gemäß §§ 273, 547 die — bewegliche — Sache zurückhalten, und zwar nimmt er dies, da es im Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen sei, in Verfolgung seiner Konstruktion gemäß dem Rechte der Schuldübernahme an. Er folgert es ferner daraus, daß § 556 Abs. 3 sage, der Vermieter könne die Sache „auch von dem Dritten zurückverlangen, könne sie also doch wohl nicht unter für ihn günstigeren Bedingungen zurückverlangen, als wenn er gegen den Mieter selbst klagte. Dieser letztere Gesichtspunkt — daß nämlich der Vermieter offenbar nicht günstiger gestellt sein soll, wenn

[37]) Nissen sagt damit Selbstverständliches; denn stets wenn auf der einen Seite ein obligatorischer Anspruch auf Herausgabe, auf der andern ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen gegeben ist, stets dann handelt es sich um einen Anwendungsfall des § 273, 2, nie des § 273, 1.

[38]) Oertmann a. a. O. Nr. 3 zu § 556.

er gegen den Untermieter klagt statt gegen den Mieter — bestimmt auch Mittelstein,[39]) zur Folgerung, daß der Untermieter ein dem Mieter zustehendes Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Rückgabeanspruch des Vermieters geltend machen könne. Der gleichen Ansicht ist Stammler,[40]) wenn er sagt: Der Hauptvermieter könne gegen den Untermieter unmöglich ein stärkeres und freieres Recht haben als gegen seinen ersten Mieter. Und auch Schollmeyer[41]) kommt, da es sich ja nach ihm ebenfalls um eine gesetzliche Schuldübernahme handelt, zu dem Ergebnis, daß der dritte Besitzer die seinem auctor gegenüber dem Anspruch des locator zustehenden Einwendungen gebrauchen, also vor allem das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen seines auctor geltend machen könne.

Gegen diese Anschauung nimmt Romeick[42]) Stellung, der die Oertmannsche Premierung des Wortes „auch“ für völlig willkürlich erklärt und meint: daß auch der Dritte dem Rückforderungsanspruch des Vermieters unterliege, deute noch nicht entfernt an, daß der Rückforderungsanspruch gegen den Dritten mit dem gegen den Mieter identisch ist.[43]) Nach seiner Meinung hat der Untermieter kein Zurückbehaltungsrecht wegen

---

[39]) Mittelstein a. a. O. 254 Anm. 14.

[40]) Stammler a. a. O. S. 45, 46.

[41]) Schollmeyer a. a. O. 66.

[42]) Romeick a. a. O. S. 31, 32.

[43]) vgl. unsere obigen Darlegungen.

der Verwendungen des Mieters, ebenso nach Nissen,[44]) der seine Ansicht damit begründet, daß § 273 sage: „wenn ihm (dem Retinenten) ein fälliger Anspruch . . . zusteht."

d) Stellungnahme zu den verschiedenen Ansichten.

In beiden Fällen folge ich Romeick und statuiere ebenfalls lediglich ein Zurückbehaltungsrecht des Untermieters wegen seiner eigenen Verwendungen.

Gegen die Annahme eines Zurückbehaltungsrechtes wegen Verwendungen des Mieters scheint mir weniger der von Romeick als besonders der von Nissen vorgebrachte Grund zu sprechen.

Wenn also der Untermieter einen fälligen Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand hat, dann kann er gegenüber dem Herausgabeanspruch des Vermieters aus § 556 III das Zurückbehaltungsrecht des § 273 II geltend machen. Der Anspruch wird dadurch zu einem einredebehafteten.

II. Abschnitt.
Der dingliche Anspruch.

§ 13.
Der Herausgabeanspruch des § 985 BGB.

Ist der Vermieter zugleich Eigentümer der Sache, dann hat er gegenüber dem Untermieter auch einen sachenrecht-

[44]) Nissen a. a. O. 204.

lichen, einen dinglichen Anspruch, den Anspruch aus § 985 BGB., der lautet: Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen, die römisch-rechtliche rei vindicatio, den Anspruch des nichtbesitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer. Auf Grund seines Eigentums an der Mietsache kann der Vermieter wie von jedem Inhaber, so auch vom Untermieter die Herausgabe derselben verlangen.

Diese rei vindicatio hat der Eigentümer gegen jeden andern, der die Sache besitzt; er kann die Herausgabe von jedem andern, der die Sache innehat, verlangen. Das BGB. verleiht demnach dem Eigentümer einer Sache von dem Augenblicke ab, wo ein dem Eigentum nicht entsprechender Zustand besteht, d. h. wo ein anderer als der Eigentümer, sei es berechtigt, sei es unberechtigt, die Sache besitzt, gegen diesen andern einen Anspruch auf Herausgabe. Ist aber dieser andere auf Grund eines persönlichen oder dinglichen Rechtes zum Besitze der Sache berechtigt, d. h. besitzt er die Sache z. B. als Mieter, Verwahrer oder als Nießbraucher, dann kann er nach § 986 Abs. 1 Satz 1 die Herausgabe der Sache verweigern.

§ 14.

Die scheinbare Einrede des § 986, I BGB.

Dieser Paragraph statuiert seinem Wortlaute nach, wie auch die herrschende Meinung annimmt, die sich

eben auf die Fassung des Gesetzes stützt, einem für das ganze BGB. anerkannten Sprachgebrauch folgend, eine Einrede. Da aber ein wesentliches Merkmal der Einrede darin besteht, daß ihre eigenartige[1]) gegen den entgegenstehenden Anspruch gerichtete Wirkung erst erreicht wird, wenn der Berechtigte von seinem Rechte Gebrauch macht, daß also die Einrede nie von Amts wegen Berücksichtigung finden darf, so kämen wir zu dem Resultat, daß z. B. der Vermieter-Eigentümer, der während der Dauer des Mietverhältnisses aus § 985 auf Rückgabe klagt, mit seiner Klage durchdringt, wenn sich der Beklagte nicht auf seinen Mietbesitz beruft, während er, wenn er mit der Klage aus dem Mietvertrag vorgeht, sofort abgewiesen wird, da sein obligatorischer Anspruch noch nicht fällig und die Nichtfälligkeit von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Dies Ergebnis befriedigt so wenig, daß wir uns bemühen müssen, der Bestimmung des § 986, 1 eine andere Interpretation zu geben.

Es ist ja schon von verschiedenen Seiten das Bestehen einer Einrede im § 986, 1 verneint worden.[2])

---

[1]) Gewisse Wirkungen hat ja auch bereits die Existenz der Einrede; so wird z. B. durch sie der Eintritt des Verzugs ausgeschlossen.

[2]) vgl. Kipp bei Windscheid § 43 S. 182, 183. Kipp glaubt zwar, daß § 986 eine Einrede im Sinne des BGB. enthalte, meint aber, daß eine besondere Berufung auf diese Einrede nicht erforderlich sei.

Friedenthal[3]) hält es für bedauerlich, daß die Fassung des ersten Entwurfes in § 942: Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer . . . berechtigt ist, die Sache zu behalten, nicht beibehalten worden ist. Denn aus dieser Fassung wäre sofort das Bestehen lediglich einer Einwendung ersichtlich. Hiernach wäre also der Anspruch des Eigentümers auf Rückgabe während der Dauer des Besitzrechtes ausgeschlossen, käme also erst nach Beendigung desselben zur Entstehung. Ich würde mich dieser Ansicht sofort dann anschließen, wenn ich das Bestehen der nichtfälligen Ansprüche verneinen würde. Denn in diesem Falle ergäbe sich jene wünschenswerte Harmonie zwischen dem dinglichen Rückgabeanspruch und dem obligatorischen, der für die Anhänger dieser Meinung ja auch erst mit Beendigung des besonderen Schuldverhältnisses existent wird. Uns aber, die wir oben das Bestehen der nichtfälligen Ansprüche auseinandergesetzt haben, kann auch dieses Ergebnis noch nicht genügen.

Für uns geht daraus, daß die zweite Kommission die oben erwähnte Änderung in der Fassung des § 986 vornahm, unzweideutig hervor, daß dieselbe im Gegensatz zur ersten Kommission auf jeden Fall der Ansicht war, daß durch das Bestehen eines Besitzrechtes der Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe nicht ausgeschlossen werden soll, daß vielmehr trotz Bestehens

---

[3]) Friedenthal, Einwendung und Einrede 43.

des Besitzrechtes der Anspruch als ein existenter vorhanden sein soll. Nur, glaube ich, ging die zweite Kommission fehl, indem sie den Ausdruck „kann verweigern“ wählte und so den Anspruch zu einem einredebehafteten machte. Ich glaube vielmehr: der § 986, 1 will den Anspruch des Eigentümers auf Rückgabe für die Dauer des Besitzrechtes weder ausschließen noch zu einem einredebehafteten machen, sondern dieser Paragraph will lediglich das eine zum Ausdruck bringen, daß nämlich der Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer auf Rückgabe, der mit dem Zeitpunkt entsteht, wo ein anderer als der Eigentümer die Sache besitzt, für die Dauer eines Besitzrechtes dieses anderen der Fälligkeit entbehrt, also erst nach Beendigung des Besitzrechtes fällig wird.

Gleichzeitig damit lehnen wir auf das entschiedenste die herrschende Ansicht ab, daß § 986, 1 sich auch auf Zurückbehaltungsrechte beziehe, und erst recht Sibers Ansicht, daß für die Anwendbarkeit des § 986 allein Ansprüche gegen den Besitzer übrig blieben, der nur Zurückbehaltungsrechte hat.[4])

Der § 986, 1 spricht von Besitzern, die dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt sind, also von den rechtmäßigen Besitzern. Wer aber wollte behaupten, daß ein unrechtmäßiger Besitzer, dem, nachdem er mit der rei vindicatio belangt ist, ein Zurückbehaltungsrecht

[4]) Siber a. a. O. 135.

wegen Verwendungen zusteht, hierdurch zum rechtmäßigen Besitzer würde? Siber[5]) gibt auch zu, daß der auf diese Weise Zurückbehaltungsberechtigte als unrechtmäßiger zu behandeln sei. Wie aber kann dann § 986, 1 sich auf den Zurückhaltungsberechtigten beziehen?

Des weitern aber kann ein Zurückbehaltungsrecht ja niemals die Nichtfälligkeit begründen, sondern kann lediglich, wie dies auch § 1000 ausdrückt, den Anspruch zu einem einredebehafteten machen. Denn das steht für uns fest, daß gegenüber der rei vindicatio lediglich das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen aus § 1000 einredeweise geltend gemacht werden kann, daß also die Ansicht, daß gegenüber dem § 985 außer den Fällen des § 1000 auch noch andere Zurückbehaltungsrechte vorkommen, völlig verfehlt ist. Damit ist auch Sibers oben erwähnte Ansicht unhaltbar, da nach unserer Darlegung tatsächlich, was er allerdings bestreitet, § 986 durch § 1000 gegenstandslos geworden wäre, wenn wir uns auf den widerlegten Standpunkt stellen wollten, daß die „Einrede" des § 986, 1 sich nur auf Zurückhaltungsberechtigte beziehe.

Für den Fall der Untermiete können wir nun folgendes feststellen. Der Eigentümer hat gegen den Untermieter von dem Augenblick an, wo diesem die Mietsache zum Gebrauch überlassen und ihr Besitz übertragen ist, einen dinglichen Anspruch auf Rückgabe

---

[5]) Siber a. a. O. 119.

der Sache an sich selbst. Dieser Anspruch entbehrt der Fälligkeit, solange der mittelbare Besitzer, von dem der Untermieter sein Recht zum Besitz ableitet (d. i. der Hauptmieter), dem Vermieter-Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist; er wird also erst mit Beendigung des Hauptmietverhältnisses fällig. Während der Dauer des Hauptmietverhältnisses aber hat der Vermieter-Eigentümer nach § 986, 1 Satz 2 einen fälligen dinglichen Anspruch auf Herausgabe der Sache an den Hauptmieter, oder wenn dieser den Besitz nicht übernehmen kann oder will, an sich selbst, für den Fall, daß der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber zur Überlassung des Besitzes an den Besitzer nicht befugt, im Falle der Untermiete also, wenn die Sache ohne Genehmigung des Vermieter-Eigentümers weitervermietet worden ist.

§ 15.

Der Anspruch auf Schadensersatz.

Wie gestaltet sich die Haftung des Untermieters für Schaden auf Grund des dinglichen Anspruchs?

Ist die Untermiete genehmigt, dann ist der Untermieter dem Eigentümer gegenüber rechtmäßiger Besitzer;[6]) er haftet also dem Eigentümer lediglich nach

[6]) Wir betrachten hier lediglich die Haftung nach Sachenrecht, ohne Rücksicht darauf, ob wir später dieses Resultat umstoßen oder ändern müssen. — Mit Siber nennen wir recht-

§ 989 von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an für den Schaden, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem andern Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann; im übrigen ist er nach § 993 zum Schadensersatze nicht verpflichtet.

Ist aber die Untermiete nicht genehmigt, dann ist der Untermieter dem Eigentümer gegenüber unrechtmäßiger Besitzer, und für die Frage der Haftung kommt seine Redlichkeit oder Unredlichkeit in Betracht.

Redlich oder gutgläubig ist der Untermieter, wenn ihm unbekannt ist, daß er dem Eigentümer gegenüber zum Besitze nicht berechtigt ist, wenn ihm also nicht bekannt ist, daß die Sache ohne Genehmigung des Vermieters vom Mieter weitervermietet worden ist. Unredlich[7]) ist er, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, oder wenn er später erfährt, daß er dem Eigentümer gegenüber zum Besitze nicht berechtigt ist, wenn er also weiß, oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiß, oder wenn er später

---

mäßigen Besitzer den, der zum Besitze berechtigt ist; hiernach ist der Untermieter seinem Vermieter gegenüber stets rechtmäßiger Besitzer, dem Eigentümer gegenüber aber ist er nur dann zum Besitze berechtigt, wenn die Untermiete genehmigt ist.

[7]) Die Begriffe unredlich und bösgläubig decken sich nicht, da die Bösgläubigkeit lediglich den ersten Teil (bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt) obiger Begriffsbestimmung umfaßt, nicht aber den zweiten (später erfährt).

erfährt, daß die Weitervermietung ohne Erlaubnis des Vermieters erfolgt ist.

Ist der Untermieter unredlicher Besitzer, dann ist er nach §§ 990, 989 dem Eigentümer von der Zeit des Erwerbes an für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem andern Grunde nicht herausgegeben werden kann. Ist er hingegen redlicher Besitzer, so ist er nach §§ 991, 989 ebenfalls von dem Erwerb an dem Eigentümer für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem andern Grunde nicht herausgegeben werden kann, jedoch lediglich insoweit, als er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist.

Diese letztere Vorschrift beruht auf dem Gedanken, daß, wer eine Sache als eine fremde besitzt, durch schuldhafte Beschädigung der Sache das Eigentum als solches verletzt und darum dem wahren Eigentümer unmittelbar haften muß, auch wenn er redlicherweise einen andern für den Eigentümer gehalten hat.[8]) Die schuldhafte Beschädigung der Sache wird dabei als ein Delikt gegen das Eigentum selbst aufgefaßt (s. Prot. III, 347), wobei die dem unmittelbaren Besitzer zustehenden Ersatzansprüche kraft Gesetzes auf den Eigentümer übergehen.[9])

---

[8]) Planck, Komm. Note 2 zu § 991.

[9]) Staudinger, Komm. Note 2 zu § 991.

Der Untermieter haftet also in diesem Falle dem Eigentümer nach dem Rechtsverhältnisse, das zwischen ihm und dem Mieter besteht, also nach Mietrecht; er ist infolgedessen von dem Erwerb an dem Eigentümer für jedes Verschulden verantwortlich.[10])

§ 16.

Die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes aus § 1000 BGB.

Auch gegenüber dem dinglichen Anspruch des Vermieters kann der Untermieter ein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen, und zwar, wie dies oben bereits angedeutet, auf Grund des § 1000 einredeweise geltend machen. Hier ist es natürlich für uns außer allem Zweifel, daß lediglich eigene Verwendungen in Betracht kommen können. Für diejenigen hingegen, die die Ansicht vertreten, § 986, 1 beziehe sich auch auf Zurückbehaltungsberechtigte, ergäbe sich die logische Folge, daß der Untermieter die Herausgabe verweigern kann — um den Wortlaut des Gesetzes zu gebrauchen —, wenn sein Untervermieter zurückhaltungsberechtigt ist, demnach ein

[10]) Eine Haftung für Zufall kommt bei der Miete ohnehin nicht in Betracht; würde aber der Besitzer dem mittelbaren Besitzer für Zufall verantwortlich sein (z. B. § 701), so würde er trotzdem dem Eigentümer nach der Vorschrift des § 991, 2 nicht dafür haften, da er nur im Rahmen des § 989, d. h. für einen von ihm verschuldeten Schaden einzustehen hat. Staudinger Note 2 zu § 991, Planck Note 2 zu § 991. A. M.: Biermann Note 2 zu § 991 (von Staudinger falsch zitiert).

Zurückbehaltungsrecht auch wegen der Verwendungen seines Vermieters geltend machen kann.

An dieser Stelle sei etwas näher auf die Natur des Zurückbehaltungsrechtes des § 1000 eingegangen. Die herrschende Lehre[11]) sieht nämlich in § 1000 im Anschluß an die Motive,[12]) nach denen der Besitzer auch ohne die Bestimmung des § 1000 bei Anwendung der allgemeinen Normen des Obligationenrechtes auf den dinglichen Anspruch das Zurückbehaltungsrecht hätte und die Wiederholung nur zur Beseitigung eines jeden Zweifels für zweckmäßig erschien, lediglich einen besonderen wichtigen Anwendungsfall des § 273 Abs. 2 des Zurückbehaltungsrechtes wegen Verwendungen gegenüber obligatorischen Ansprüchen, sei es, daß dasselbe, wie Endemann[13]) lehrt, wegen seiner besonderen praktischen Bedeutung, oder, wie Neumann[14]) meint, zur Ausschließung von Zweifeln an dieser Stelle nochmals hervorgehoben ist.

Das Irrige dieser Ansicht liegt darin, daß der § 273 ebenso wie die sonstigen allgemeinen Lehren des Obligationenrechtes auf dingliche Ansprüche ohne weiteres Anwendung finden sollen. Die folgende Auseinandersetzung wird den Beweis liefern, daß tatsächlich vom Gesetz nicht sämtliche allgemeine Lehren des Obli-

[11]) Sämtliche Lehrbücher und Kommentare.

[12]) Motive III 416.

[13]) Endemann a. a. O. I § 126 N. 11 S. 711.

[14]) Neumann a. a. O. I § 1000 S. 515.

gationenrechtes auch für dingliche Ansprüche bestimmt sind, wie eben unser § 273. Wir haben oben bereits erörtert, daß wir den Anspruch keineswegs einfach als Schuldverhältnis aufgefaßt wissen wollen, und sonach können sich auch u. E. die allgemeinen Lehren des Obligationenrechtes nicht ohne weiteres auf alle Ansprüche, also auch nicht auf dingliche beziehen. Vielmehr kann der § 273, der im allgemeinen Teil des Rechtes der Schuldverhältnisse Platz gefunden hat, lediglich bei Ansprüchen aus Schuldverhältnissen zur Anwendung kommen, nur einem obligatorischen Anspruche gegenüber kann die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes wegen Verwendungen aus § 273, 2 geltend gemacht werden. Dann aber mußte notwendigerweise im Sachenrecht eine Bestimmung zum Ausdruck gelangen, die dem Besitzer gegenüber dem dinglichen Anspruche des Eigentümers auf Herausgabe ein entsprechendes Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen gibt, und das ist in § 1000 geschehen. Ein anderes Zurückbehaltungsrecht als wegen Verwendungen ist demnach gegenüber der rei vindicatio nicht möglich, da § 273, 1 nur gegenüber obligatorischen Ansprüchen Geltung hat. Was also § 273, 2 gegenüber den einzelnen obligatorischen Rückgabeansprüchen zum Ausdruck bringt, das kommt in § 1000 gegenüber dem dinglichen Herausgabeanspruch des Eigentümers, gegenüber der rei vindicatio zum Ausdruck. Der Anspruch aus § 556, 3 kann bei Verwendungen des Untermieters nur mit der Einrede aus

§ 273,2, der Anspruch des § 985 aber nur mit der Einrede aus § 1000 behaftet sein.

III. Abschnitt.

Die Konkurrenz der beiden Ansprüche.

§ 17.

Anspruchskonkurrenz oder Gesetzeskonkurrenz?

Wir haben somit gesehen, daß dem Eigentümer zwei Herausgabeansprüche gegen den Untermieter zustehen:

1. Der obligatorische Anspruch aus dem mit der Gebrauchsüberlassung an den Untermieter entstandenen gesetzlichen Schuldverhältnisse auf Grund des § 556, 3 BGB.

2. Der dingliche Anspruch aus dem Eigentum auf Grund der §§ 985, 986 BGB.

Es ist nun im folgenden zu untersuchen, ob die rei vindicatio in Konkurrenz mit der obligatorischen Klage gegen den Untermieter geht, ob mithin einfache Anspruchskonkurrenz vorliegt, oder ob der Rückgabeanspruch des Eigentümers aus besonderem obligatorischen Tatbestand als Sonderfall seines Rückgabeanspruchs gegen jeden Besitzer den Vindikationsanspruch ausschließt, mithin Gesetzeskonkurrenz anzunehmen ist.

Siber[1]) gelangt zu letzterem Resultat, nämlich daß

[1]) Siber a. a. O. S. 130.

es sich dann, wenn obligatorischer und dinglicher Rückgabeanspruch demselben Berechtigten zustehen und sich gegen denselben Verpflichteten richten, um die von Hellwig[2]) für das Civilrecht neugeschaffene Gesetzeskonkurrenz handle. Denn es liege beiden Ansprüchen nur ein Entstehungsgrund zugrunde, nämlich allein die Tatsache, daß z. B. der Mieter auf Grund des Vertrags in den Besitz der Mietsache gelangt sei, es handle sich deshalb auch nur um einen Anspruch, der im Gesetze nur unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten geregelt sei.

Nach Hellwig[3]) hingegen handelt es sich um zwei ganz verschiedene Entstehungsgründe. Den Tatbestand des dinglichen Anspruches bilde der Umstand, daß die Vorenthaltung der Sache Beeinträchtigung des Eigentums ist; der obligatorische Rückgabeanspruch dagegen hat seinen Grund darin, daß der Mieter nach Ablauf der Mietzeit zur Wiederverschaffung des Besitzes verpflichtet ist. Sind aber die Entstehungsgründe verschieden, dann sind auch zwei verschiedene Ansprüche gegeben; da dieselben aber auf gleiche Leistung gehen, so daß dieselbe nur einmal bewirkt, aber aus beiden Gründen verlangt werden kann, so liege einfache Anspruchskonkurrenz vor.

---

[2]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht 98 N. 2.

[3]) Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts I, 263 f. § 37 IV 3 b α; Anspruch und Klagerecht 93.

Ich schließe mich der Siberschen Meinung an, da die Annahme einfacher Anspruchskonkurrenz in drei Punkten zu einem ganz unhaltbaren Resultate führen würde:

1. im Punkte der Haftung des Untermieters für Schaden,

2. im Punkte der Verjährung,

3. beim Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen.

1. Während bei nicht genehmigter Untermiete die Haftung des Untermieters nach Schuld- wie nach Sachenrecht die gleiche ist, haftet bei genehmigter Untermiete der Untermieter nach § 556, 3 verbunden mit § 276 für sein Verschulden von der Gebrauchsüberlassung ab, nach § 993 aber lediglich für sein Verschulden von der Rechtshängigkeit ab.[4])

2. Was dann das Zurückbehaltungsrecht anlangt, so hätten wir das eigentümliche Ergebnis, daß der Untermieter dann, wenn mittels der rei vindicatio auf Herausgabe geklagt wird, wegen seiner Verwendungen nach § 1000 auch ein Zurückbehaltungsrecht am Grundstücke hätte, während ihm nach § 556, 2 dasselbe nicht zusteht, wenn die Klage auf Rückgabe auf den Mietvertrag gestützt wird.[4])

3. Und im Punkte der Verjährung stellt sich heraus, daß die Ersatzansprüche aus Miete (§ 558) wegen Teilvereitelung (Veränderung und Verschlechterung) in sechs

---

[4]) Siber a. a. O. S. 128, 129, 130.

Monaten seit der Rückgabe verjähren, während die Ersatzansprüche wegen Vereitelung des Vindikationsanspruches in dreißig Jahren verjähren.[4])

Wir sehen hiernach, daß ganz wichtige Besonderheiten des obligatorischen Rückgabeanspruchs nur von der lediglich in der Willkür des Gläubigers liegenden Substantiierung abhängen würden, wollten wir zwischen Vindikationsanspruch und obligatorischem Rückgabeanspruch einfache Anspruchskonkurrenz annehmen. Da aber eine derartige Willkür des Gläubigers zu direkter Rechtsunsicherheit führen müßte, so gelangen wir mit Siber zu der Ansicht, daß Gesetzeskonkurrenz gegeben ist.[5])

§ 18.

Endergebnis.

Als Endergebnis unserer Betrachtung können wir also folgende Sätze aufstellen:

I. Nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses hat der Eigentümer gegen den Untermieter einen Anspruch auf Herausgabe der Mietsache an sich selbst, und zwar einen obligatorischen auf Grund des § 556, 3 BGB.

---

[5]) Daraus geht dann wiederum hervor, daß Besitzer im Sinne der §§ 987 ff. lediglich der unrechtmäßige Besitzer sein kann, da ja für den rechtmäßigen Besitzer stets die lex specialis maßgebend ist. Anders die herrschende Meinung. Übereinstimmend, aber mit unzutreffender Begründung Hölder i. Arch. f. civ. Prax. 93, 1 ff.

Hierbei ist der Untermieter dem Eigentümer von Beginn des Untermietverhältnisses an für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens (Vorsatz und Fahrlässigkeit) die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem andern Grunde nicht herausgegeben werden kann, und zwar auf Grund des § 276 BGB. Gegenüber diesem Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 556, 3 hat der Untermieter wegen seiner eigenen Verwendungen ein einredeweise geltend zu machendes Zurückbehaltungsrecht, und zwar auf Grund des § 273, 2.

II. Bei nicht genehmigter Untermiete hat der Eigentümer bereits während der Dauer des Hauptmietverhältnisses einen dinglichen Anspruch gegen den Untermieter auf Herausgabe der Sache an den Hauptmieter, oder wenn dieser den Besitz nicht übernehmen kann oder will, an sich selbst auf Grund des § 986, 1 Satz 2. In diesem Falle haftet der Untermieter von Beginn des Untermietverhältnisses an für Verschulden (Vorsatz und Fahrlässigkeit), und zwar für den Fall seiner Redlichkeit auf Grund des § 991, 2, für den Fall seiner Unredlichkeit auf Grund des § 990 BGB. Und diesem Herausgabeanspruch gegenüber hat der Untermieter ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Verwendungen auf Grund des § 1000 BGB.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.